

Le sort de l'urne cinéraire : enjeux anthropologiques et politiques

À propos de la loi du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire

Ariane GAILLARD

ATER en droit privé à l'Université Jean Moulin Lyon 3

« *La science du droit est la connaissance des choses divines et humaines* » : cette citation d'Ulpian s'apparente à un avertissement pour le juriste s'intéressant au droit funéraire. À la fois banale et tragique, la mort confronte l'homme à un sentiment de vide qui lui est insupportable, ce qui fait d'elle l'objet de nombreuses représentations religieuses, symboliques ou encore psychologiques. Mais le juriste soucieux d'appréhender la mort rencontre d'importants problèmes théoriques. En effet, le droit funéraire puise historiquement dans des sources religieuses abondantes, où il est pensé et unifié et dont il s'affranchit avec difficulté : la sécularisation met en exergue un droit obscur, peu connu et difficile d'accès qu'il est nécessaire de repenser. Concernant ainsi les liens entre la crémation et le droit, l'avènement de la sécularisation intervient avec la loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles : c'est en vérité la liberté vis-à-vis du religieux dont il s'agit, la crémation étant enfin reconnue comme

mode de funérailles valable face à une autorité ecclésiastique qui ne tolérerait que l'inhumation¹. Mais la laïcisation de la crémation n'est que la première pierre d'un édifice demeurant inachevé, car le droit funéraire est jusqu'en 2008 incomplet sur la crémation. Les incertitudes quant à la nature et le régime de l'urne et des cendres donnent lieu à d'incessants litiges pour lesquels le juge n'a pas toujours les sources nécessaires pour trancher. L'état du droit funéraire est ainsi jusqu'en 2008 insatisfaisant avec des dispositions relatives à l'inhumation plus nombreuses que pour la crémation. Le droit funéraire doit être ici guidé par l'éthique, celle-ci se définissant comme « la recherche de la bonne solution dans une situation donnée² ». Il est donc regrettable qu'un droit funéraire réponde inégalement à des situations relatives à la mort : l'inhumation est avant 2008 plus réglementée que la crémation. À cette inégalité fait écho la complexité du droit funéraire, qui ressemble à un carrefour avec plusieurs branches (droit pénal, droit civil, droit public), dont les sources sont aussi diverses qu'anciennes et dans lequel les juges, les communes, les praticiens funéraires et les particuliers semblent parfois voués à errer.

C'est dans cette perspective qu'intervient la loi du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire, très attendue dans le domaine de la crémation³. Elle a une dimension unificatrice et régit la destination des

¹ B. Py, « La loi du 19 décembre 2008 et la notion de restes humains : une loi progressiste ou réactionnaire ? » in *La crémation et le Droit en Europe*, dir. B. Py et M. Mayer, 2^{ème} éd., Presses Universitaires de Nancy, 2011, p. 212, qui considère cette loi come « désacralisant l'inhumation » et resitue le contexte de l'époque, marquée par des affrontements violents entre « les croyants et les athées, les religieux et les agnostiques » : la loi de 1887 est ainsi « un point d'équilibre, de compromis reconnaissant la diversité des croyances et des pratiques. Elle instaure l'instauration de la laïcité à la française ». V. aussi E. Aubin, I. Savarit-Bourgeois, *Cimetières, sites cinéraires et opérations funéraires*, 7^{ème} éd., Berger-Levrault, 2013, p. 28, n° 14 : « cette loi a clairement été une réponse au mouvement de propagande en faveur de la crémation qui prospérait sur fond d'antichlérisme propre à la période (...) ».

² P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2013, p. 39, n° 41.

³ Sur l'historique de cette loi, V. A. Perrier, « Crémation : un choix pour l'éternité », in Dossier « La sépulture et la volonté du défunt », *Droit de la famille*, février 2014, 4, p. 12. Il est à noter que cette loi concerne aussi des dispositions plus générales du droit funéraire, telles que les conditions d'exercice de la profession d'opérateur funéraire : V. art. L. 2223-19 à L. 2223-27 du CGCT.

Le sort de l'urne cinéraire : enjeux anthropologiques et politiques

ces cendres et le sort de l'urne cinéraire⁴ dans le Code Général des Collectivités Territoriales⁵, rapprochant ces dispositions de celles relatives à l'inhumation. À l'insuffisance des dispositions sur les cendres après la crémation⁶ succède une loi qui en prévoit dorénavant la destination. L'urne est dans un premier temps conservée au crématorium dans l'attente d'une décision des familles. Puis, aux termes de l'article L. 2223-18-2, les cendres seront conservées dans l'urne cinéraire ou bien dispersées en pleine nature, sauf sur les voies publiques. L'urne cinéraire pourra être inhumée dans une sépulture, déposée dans une case de columbarium ou scellée sur un monument funéraire.

Cette loi insère des dispositions nouvelles, tant dans le domaine du droit civil (art. 16-1-1 du Code civil) que pénal (art. 225-17 du Code pénal) et public (art. L. 2223-18-1 à L. 2223-18-4 du CGCT). En cela, il s'agit d'une loi unique dans l'histoire du droit funéraire et de grande portée, au-delà de ses aspects juridiques. Les dispositions de la loi de 2008 relatives aux cendres répondent à une recommandation du Rapport d'information de Messieurs les Sénateurs Sueur et Lecerf de « définir dans la loi le statut des cendres des personnes décédées dont le corps a donné lieu à crémation, afin qu'elles soient traitées avec respect, décence et dignité et bénéficient de la même protection que le corps des personnes inhumées⁷ ». Dans ce but de protection, les rapporteurs ont jugé préférable de ne pas permettre l'appropriation privée des urnes ou le partage des cendres⁸. La loi de 2008 a mis en œuvre cette protection en encadrant strictement la destination des

⁴ V. le chapitre III de la loi du 19 déc. 2008 intitulé « du statut et de la destination des cendres des personnes décédées dont le corps a donné lieu à crémation », art. 11 à 21.

⁵ Dans une sous-section relative à la « destination des cendres », art L. 2223-18-1 à L. 2223-18-4.

⁶ Il s'agissait des art. R. 2213-34 et s. du CGCT. V. sur la question des dispositions antérieures E. Aubin, I. Savarit-Bourgeois, *Cimetières, sites cinéraires et opérations funéraires*, 7^{ème} éd., Berger-Levrault, 2013, p. 283-284, n° 578, qui juge insuffisante l'ordonnance du 28 juillet 2005 ; V. aussi D. Dutrieux, « Opérations funéraires, crémation et sites cinéraires : à propos de l'ordonnance du 28 juillet 2005 », *JCP A*, n° 517.

⁷ « Sérénité des vivants et respect des défunts : bilan et perspectives de la législation funéraire », 31 mai 2006, rapport n° 372, p. 78.

⁸ « Sérénité des vivants et respect des défunts : bilan et perspectives de la législation funéraire », 31 mai 2006, rapport n° 372, p. 81.

ces cendres et le sort de l'urne qui, dorénavant, ne peut plus se dérober au domaine public, toute insertion dans le foyer étant prohibée.

Cette loi revêt ainsi une dimension anthropologique et une dimension politique. En consacrant un régime de protection des cendres par l'interdiction de l'appropriation privative de l'urne, elle traduit la fonction essentielle du droit funéraire : assurer la séparation du mort et du vivant. Par cet encadrement strict, elle met fin à de nombreuses solutions jurisprudentielles qui avaient vocation à régler le sort de l'urne entre les familles et qui ne sont plus compatibles avec le respect dû aux morts. Désormais, l'urne cinéraire a pour destination essentielle le domaine public, avec le cimetière ou le site cinéraire. La loi de 2008 opère ainsi une séparation de l'urne du monde des vivants par une soustraction à l'usage familial et une insertion dans le domaine public. C'est donc une loi en rupture avec une dimension privée et familiale dont il s'agit. Ces remarques tendent à éclairer la loi de 2008 et le mouvement d'unification du droit funéraire dans lequel elle s'inscrit. Il convient donc d'en étudier la portée anthropologique (I) et politique (II).

I. La portée anthropologique : la séparation du mort et du vivant

Alors que la sépulture, chose immobilière, n'a pour destination possible que la terre, qu'il s'agisse d'inhumation privée ou d'inhumation dans le cimetière, l'urne cinéraire, chose mobilière, était avant la loi de 2008 susceptible d'appropriation. Les différences de nature entraînent des différences de régime⁹ : un bien immobilier est fixé, un bien mobilier se dérobe à toute immobilisation et peut remplir plusieurs destinations. Le problème essentiel se posant est alors que si la destination des sépultures est régie par le CGCT à travers les règles sur les cimetières et le régime des concessions funéraires¹⁰, la destination de l'urne et des cendres n'était pas avant l'intervention du législateur de 2008 strictement encadrée. À travers cette lacune, l'urne et la sépulture, qui remplissent chacune la

⁹ V. A. Cheynet de Beaupré, « Le retour des cendres », *D.* 2007, p. 1212.

¹⁰ V. art. L. 2223-1 à L. 2223-18 du CGCT.

Le sort de l'urne cinéraire : enjeux anthropologiques et politiques

même fonction sacrée d'accomplissement du rite funéraire¹¹, étaient traitées différemment. Avant la loi de 2008, le sort de l'urne cinéraire variait au gré des usages. Le rapport d'information de Messieurs les Sénateurs Sueur et Lecerf énumère ces usages en reproduisant les chiffres établis par la Fédération française de crémation pour l'année 2004, révélant qu'à une impressionnante majorité, l'issue principale de la crémation était la remise de l'urne aux familles¹². Cette remise de l'urne permettait ainsi à celle-ci de s'insérer dans un milieu bien éloigné du cimetière, de par sa dimension privée et domestique : le foyer. Cette distinction de traitement de l'urne et de la sépulture était-elle compatible avec l'unité du droit funéraire et avec ses fonctions ? Il convient pour répondre à cette question de comprendre la *signification anthropologique* de cette distinction avant et après la loi de 2008. Il est donc nécessaire d'éclairer l'histoire du droit funéraire à la lumière de son objectif principal, la séparation du mort et du vivant (A). Religieuse dans la Rome archaïque, sécularisée aujourd'hui, la séparation en constitue le fil conducteur. Mais elle concernait la sépulture et non l'urne cinéraire : la loi de 2008 rétablit cet équilibre (B).

A. La séparation du mort et du vivant, fil conducteur du droit funéraire

Le droit funéraire répond à deux fonctions d'essence sacrée : assurer le culte des morts¹³ et la séparation du mort et du vivant. Ces deux fonctions

¹¹ Ce qui s'explique par le fondement sacré du droit des sépultures. V. sur ce point notre thèse en cours de rédaction, *Les fondements du droit des sépultures*, sous la direction de Madame le Professeur Mallet-Bricout.

¹² À l'issue de 121.591 crémations intervenues en 2004 : « 91.056 urnes ont été remises aux familles, qui ont eu le choix de la destination et dont on sait qu'une large majorité a rejoint le caveau de famille ;

17.783 urnes ont été dispersées dans le cimetière ;

8.621 urnes ont été déposées dans un cimetière ;

3.625 urnes ont été dispersées sur des lieux divers »

¹³ Si le mot « culte » a une connotation divine, il fait également l'objet d'une définition moderne dénuée de référence religieuse : le culte peut être la « vénération très profonde portée à une personne, à une chose » (TLFi, V° « culte »). Cette dualité est intéressante et reprend l'acception moderne de l'expression « culte des morts », culte étant ici

sont intimement liées ; interdépendantes, elles ont permis la naissance du droit funéraire. Dans la Rome archaïque¹⁴ la représentation divine des morts conduit à leur séparation du monde des vivants, ce qui permet de consacrer le respect qui leur est dû tout en préservant les vivants des dangers qu'ils peuvent générer. La séparation dont il s'agit est ici intimement liée au sacré, *sacer* signifiant séparé. Les romains croient en la survivance de l'âme¹⁵ et en l'idée d'une seconde existence. Ces représentations engendrent comme usages l'aménagement des tombeaux en de véritables demeures afin que le défunt ne puisse hanter les vivants. Dans une conception plutôt anthropomorphique des dieux, les morts sont

synonyme de respect. Il s'agit alors ici, notamment, du « droit individuel de chacun de pouvoir librement se recueillir sur la tombe des siens en toute quiétude » comme le définit Monsieur Labbée (X. Labbée, « Le culte des morts est une liberté publique », *D.* 1999, p. 422). Cette notion moderne du culte est reprise par la jurisprudence qui utilise fréquemment l'expression du « respect dû aux morts » notamment dans le cadre de l'extracommercialité (v. par ex. Req., 16 juil. 1928, D.P., 1929, 1, 157) ou de la protection pénale par l'application de l'infraction de violation de sépulture (v. pour un ex. récent Cass. Crim. 25 oct. 2000, n° 00-82152). Que ce culte ait dans l'esprit de celui qui s'y livre un fondement religieux ou séculier, le droit funéraire, qui encadre les funérailles permet l'exercice de ce culte, les funérailles étant définies comme « les cérémonies solennelles accomplies à la mémoire des défunts (...), l'ensemble des actes qui se déroulent entre le décès et la destination définitive du corps, c'est-à-dire l'inhumation ou la crémation » (E. Aubin, I. Savarit-Bourgeois, *Cimetières, sites cinéraires et opérations funéraires*, 7^{ème} éd., Berger Levrault, 2012, p. 212, n° 422). Le droit funéraire permet également au défunt de choisir lui-même quelle acception du mot « culte » il souhaitera pour ses funérailles, la matière étant fortement marquée par la loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles, liberté concernant ici le choix – laïc ou religieux – des funérailles.

¹⁴ On fixe très approximativement le début de la Rome archaïque à la fondation légendaire de Rome par Romulus en 753 av. J.-C. Cette date émane de la tradition et s'appuie sur *L'Histoire romaine* de Tite-Live. La fin de cette période s'arrêterait au renversement du Roi Tarquin le Superbe par les patriciens, en 509 av. J.-C.

¹⁵ Chez les romains, peuple empreint d'influences indo-européennes (Dumézil, *La religion de la Rome archaïque*, Payot, 2000, p. 76) la mort ne constitue pas la fin de l'état du corps mais plutôt une transition, le point de départ d'une seconde existence (« Les plus anciennes générations, bien avant qu'il y eût des philosophes, ont cru à une seconde existence après celle-ci. Elles ont envisagé la mort, non comme une dissolution de l'être, mais comme un simple changement de vie ». N. D. Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, Champs classiques, 2000, p. 39.), et ce car elle entraîne la séparation d'avec l'âme.

Le sort de l'urne cinéraire : enjeux anthropologiques et politiques

logés avec autant de confort que les vivants¹⁶, en prenant en compte la teneur de leurs vies passées et de leurs conditions sociales, d'où l'usage d'orner les tombeaux des riches ou des illustres personnages. Les modalités d'inhumation tiennent autant compte du confort que du besoin : décorations et ornements apparents sur le tombeau d'une part, inhumation du mort avec des ustensiles nécessaires à la vie quotidienne, aliments, boissons, vêtements d'autre part. Les récits d'époque et ouvrages consacrés abondent d'exemples illustrant ces pratiques¹⁷. Les textes également : ainsi, la loi de Solon, rapporté par Plutarque, défendait d'enterrer plus de trois vêtements avec le mort¹⁸. Il en est de même concernant l'incinération, dont les usages ont la même fonction de séparation des morts et de préservation des vivants.¹⁹

Ces usages montrent l'ambivalence de la divinisation des dieux. L'étymologie et l'anthropologie enseignent ainsi qu'il y a chez les romains des « bons » dieux, sources de respect, mais également de « mauvais » dieux²⁰. La transformation du vivant en mort suscite aussi bien l'effroi que

¹⁶ « *Ceux-ci [les morts] sont en quelque sorte traités en humains ; ils conservent dans la tombe les goûts, la condition, les affections qu'ils ont eu durant leur vie. On se plaisait à disposer l'asile de leurs cendres comme s'ils devaient réellement y passer une nouvelle existence* » : H. Daniel Lacombe, *Des Sépultures en droit romain et en droit français*, thèse Poitiers, 1886, p. 8, n° 4.

¹⁷ « *Dans l'Antiquité, on croyait si fermement qu'un homme vivait là, qu'on ne manquait jamais d'enterrer avec lui les objets dont on supposait qu'il avait besoin, des vêtements, des vases, des armes. On répandait du vin sur sa tombe pour éteindre sa soif ; on y plaçait des aliments pour apaiser sa faim. On égorgait des chevaux et des esclaves, dans la pensée que ces êtres enfermés avec le mort le serviraient dans le tombeau comme ils avaient fait pendant sa vie* » : N. D. Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, Flammarion, 1984, p. 41.

¹⁸ V. N. D. Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, Flammarion, 1984, p. 547.

¹⁹ Le clivage social se retrouve ainsi dans la forme que peuvent revêtir les urnes : « *vases d'argile, de verre, de marbre, d'albâtre, d'or, d'argent, de plomb, ou même simplement des amphores coupées en deux, voire des pots à cuire ébréchés qui ne sont pas, eux, enfermés comme les urnes les plus précieuses dans un coffret avec de petits vases à parfum...* » : J-L. Voisin, *La mort dans la Rome antique*, in *La mort et ses au-delà*, dir. M. Godelier, CNRS Editions, 2014, p. 97.

²⁰ « *Les Grecs leur donnaient le nom de démons ou de héros. Les Latins les ont appelés Mânes, Génies, Lares, Larves ; larves lorsqu'ils étaient malfaisants, lares lorsqu'ils étaient bienveillants et propices* » : H. Daniel-Lacombe, *Les Sépultures en droit romain*

le respect²¹ et les morts peuvent être sources de souillures, ce qui aura d'ailleurs pour conséquence l'interdiction d'inhumer à l'intérieur des villes dans la loi des XII Tables²². Cette sacralisation des morts est motivée par la crainte qu'ils inspirent : par contagion, le mort peut souiller la famille²³ et la Cité d'où la nécessité du rite funéraire et de la sépulture²⁴.

La rencontre de ces usages avec le droit ne pouvait avoir lieu que dans la Rome archaïque : foyer d'influences religieuses indo-européennes, elle est le berceau d'une forme institutionnalisée de la religion, fondée sur la pratique du rite et non sur la croyance. Cette pratique du rite est fondamentale pour la Cité : le formalisme religieux est indispensable pour prévenir et acheter la *pax deorum*²⁵. La mort pour effet de troubler

et en droit français, thèse Poitiers, 1886, p. 7, n° 3. Accarias, s'appuyant sur les textes d'Apulée et de Saint Augustin, présente une classification étymologique reposant elle aussi sur des bons ou des mauvais dieux. D'après lui, ces auteurs « *divisent les âmes des morts en trois catégories, celles qui ont bien mérité (Lares), celles qui ont démérité (Lemures ou Larvae), et celles sur lesquelles il y a un doute. Celles-ci seules seraient appelées Mânes* » (C. Accarias, *Précis de Droit romain contenant avec l'exposé des principes généraux le texte, la traduction et l'explication des Institutes de Justinien*, Paris, 1872, p. 410, n° 192.

²¹ « *Le mort, si aimé, si admiré soit-il, est d'abord la source de la pire des souillures* » : G. Dumézil, *La Religion romaine archaïque*, Payot, 2000, p. 369.

²² Cette interdiction prend sa source dans cette vision du cadavre qui menace le culte de la cité par sa souillure – ce que l'on retrouve sous Théodose -, mais également par d'autres raisons rationnelles, comme la crainte des incendies ou encore des considérations d'hygiène : H. Daniel-Lacombe, *Les Sépultures en droit romain et en droit français*, thèse Poitiers, 1886, p. 57 à 64.

²³ « *La familia funesta n'est pas seulement en deuil et malheureuse, mais souillée, contaminée et contagieuse, jusqu'à ce qu'elle ait retrouvé la condition de familia pura* » : G. Dumézil, *La Religion romaine archaïque*, Payot, 2000, p. 369.

²⁴ « *La dépouille mortelle contamine alors les proches, et au-delà risque de contaminer toute la communauté. Il convient donc d'éloigner et mieux de faire disparaître cet élément dangereux pour tous* » : J.-L. Voisin, « La mort dans la Rome antique », in *La mort et ses au-delà*, dir. M. Godelier, CNRS Editions, 2014, p. 79.

²⁵ Cette paix avec les dieux est un des buts fondamentaux de la religion dans la Rome archaïque ; dans un univers cosmogonistes régi par l'équilibre, elle explique l'importance du formalisme religieux et son lien avec la Cité. En effet, ce qui affecte les dieux à Rome affecte également la Cité et tout déséquilibre doit être rétabli car « *la religion est l'art de s'assurer l'accord des puissances divines, afin de corriger les effets perturbateurs de l'acte envisagé* ». Pour ces raisons, la règle religieuse, dans la

Le sort de l'urne cinéraire : enjeux anthropologiques et politiques

l'organisation de la Cité, et le rite funéraire rétablit l'équilibre, d'où la nécessité d'observer scrupuleusement le rite par un langage codé et précis. Cette pratique rituelle de la religion explique sa longévité²⁶, jusque dans la Rome républicaine. Ces usages funéraires se perpétuent grâce au génie du formalisme romain et la pratique des pontifes²⁷ et sont consacrés par les premiers textes qui reprennent l'idée de séparation de la sépulture.

Dans le texte de Gaius²⁸, la sépulture est doublement séparée. Elle fait d'abord partie des *res divini juris*, qui sont les choses d'essence divine, propriété exclusive des dieux²⁹ : elles sont soustraites du domaine humain et s'opposent aux *res humani juris*. Les *res divini juris* contiennent trois catégories parmi lesquelles la sépulture occupe une place privilégiée : elle fait partie des *res religiosae*, c'est-à-dire les choses consacrées aux dieux inférieurs, les dieux mânes³⁰. Les *res religiosae* sont ainsi une catégorie à contenu unique, entièrement dédiée aux sépultures. Elles connaissent une longue prospérité que ne démentira pas la vague de sécularisation grecque³¹. À cette nature de *res religiosae* fait écho un régime juridique reprenant l'idée de séparation : les sépultures sont des *res extra*

« recherche de l'efficacité par le rite » qu'elle met en œuvre, se rapproche de la règle juridique » : M. Humbert, « Droit et religion dans la Rome antique », in *APD*, « Droit et Religion », tome 28, 1993, p. 39-40.

²⁶ V. G. Dumézil, *op. cit.*, p. 31, qui parle de « science religieuse romaine ».

²⁷ « À Rome, depuis longtemps sinon de toujours, la religion occupait un nombreux personnel, des groupes de spécialistes qui, de génération en génération, se passaient les règles du culte, et que contrôlait le pontifex » : G. Dumézil, *op. cit.*, p. 31. Le Pontife est le prêtre sacré qui, par sa connaissance technique et érudite des règles à la connaissance des préceptes, rites et formules adéquats ; il est le « gardien d'une religion » : M. Humbert, « Droit et religion dans la Rome antique », in *APD*, « Droit et Religion », tome 28, 1993, p. 40.

²⁸ V. Gaius, *Institutes*, texte établi et traduit par Julien Reinach, Paris, collection des universités de France, 1950 ou C. Accarias, *Précis de Droit romain* contenant avec l'exposé des principes généraux le texte, la traduction et l'explication des *Institutes* de Justinien, Paris, 1872, p. 404-405.

²⁹ H. Daniel-Lacombe, H. Daniel-Lacombe, *Les sépultures en droit français et en droit français*, thèse Poitiers, 1886, p. 6, n° 1.

³⁰ J. Gaudemet, E. Chevreau, *Histoire du droit privé*, 3^{ème} éd., Monthcrestien, 2009, p. 353, n° 73.

³¹ V. C. Accarias, *op. cit.*, p. 410.

commercium, catégorie rationnelle³² et pragmatique désignant le fait pour une chose de ne pouvoir faire l'objet d'un acte juridique, ce qui donne à la distinction des *res humani juris* et des *res divini juris* sa portée pratique en partant d'un support réel, le *commercium*. Le droit romain est ainsi vecteur d'harmonie et d'unité pour les sépultures. Aujourd'hui, la référence religieuse dans la nature a certes disparu mais le régime protecteur de l'extracommercialité perdure et subsiste sans avoir jamais connu d'affaiblissement, grâce à l'article 1128 du Code civil et une jurisprudence abondante.

Qu'elle ait un fondement religieux ou profane, la séparation demeure donc le souci primordial du droit funéraire : les morts sont séparés des vivants par la sépulture, regroupés dans le cimetière, qui est lui-même éloigné des villes. Le texte le plus important de droit funéraire, le décret-loi impérial du 23 prairial an XII, est également inspiré par la séparation qu'il justifie par l'hygiène, avec l'interdiction d'inhumer dans les bourgs et les villes³³ et la nécessité de séparer les sépultures entre elles en prescrivant des limites³⁴. Il s'agit ainsi d'une séparation de nature *sacrée*. Le sacré est ce qui se distingue du profane³⁵ : c'est une notion religieuse³⁶. Mais dans

³² P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé. Les biens*. PUF, 1961, p. 5.

³³ Cette interdiction motivée par les dangers de l'inhumation dans les villes et les églises pour la santé publique. Cet éloignement constitue une séparation similaire à celle de la loi des XII Tables même si la justification n'est plus la même : à un fondement religieux, dû à une divinisation des dieux sources de respect mais également de souillure se substitue un fondement scientifique, reposant sur l'hygiène.

³⁴ Il interdit dans un premier temps toute inhumation dans « les églises, temples, synagogues, hôpitaux, chapelles publiques, et généralement dans aucun édifices clos et fermés où les citoyens se réunissent pour la célébration de leurs cultes, ni dans l'enceinte des villes et bourgs » (art. 1^{er}) et prévoit une inhumation à une distance « de trente-cinq à quarante mètres au moins de leur enceinte » de « terrains spécialement consacrés à l'inhumation des morts » (art. 2).

³⁵ « Au fond, du sacré en général, la seule chose qu'on puisse affirmer valablement est contenue dans la définition même du terme : c'est qu'il s'oppose au profane » : R. Caillaud, *L'homme et le sacré*, folio essais, 1950, avant-propos, p. 17. Dans la définition du sacré, l'idée de séparation est déterminante : est sacré ce « qui appartient à un domaine séparé, inviolable » (TLFi, V^o « sacré »). Le sacré présuppose une crainte, un sentiment, une représentation collective d'un objet qui engendre une séparation du domaine profane : la séparation est ainsi le geste qui l'extériorise et lui donne naissance. Pour reprendre notre exemple, ce sont les représentations collectives de la mort qui

Le sort de l'urne cinéraire : enjeux anthropologiques et politiques

une société sécularisée, est sacré ce qui est *séparé, préservé*, à des fins de protection ou de respect. Le droit funéraire révèle une évolution : à une séparation sacrée d'origine religieuse, fondée sur des croyances, se substitue une séparation sacrée moderne, fondée sur un respect dû aux morts et qui s'extériorise par l'extracommercialité des sépultures inchangée depuis le droit romain.

B. La séparation du mort et du vivant, objectif poursuivi par la loi de 2008

Le recours à l'immobilisation de la sépulture est une mise en œuvre efficace du but de protection du droit funéraire, avec une vocation à se perpétuer qui permet d'en prévenir les atteintes. Pourtant, en ne concernant que la sépulture après inhumation et non l'urne cinéraire après crémation, ce souci de séparation n'est pas avant 2008 celui du droit funéraire en général. Cette distinction est surprenante, l'urne cinéraire étant autant que la sépulture « la dernière demeure », l'extériorisation du mort permettant l'accomplissement des rites funéraires. Elle ne peut plus s'expliquer dans une société où la crémation est pratiquée et reconnue. De plus, la libre disposition des cendres avant la loi de 2008 permet une véritable intrusion des cendres dans le foyer et de la mort dans le quotidien, avec des conséquences psychologiques parfois néfastes.³⁷

Il nous semble qu'avec la loi de 2008, « fortement teintée d'anthropologie³⁸ », le législateur reprend une dynamique initiée quelques

engendrent sa séparation, et qui donnent naissance à la fois à la sépulture mais également à la sacralisation de la sépulture.

³⁶ « *La division du monde en deux domaines comprenant, l'un tout ce qui est sacré, l'autre tout ce qui est profane, tel est le trait distinctif de la pensée religieuse* » : E. Durkheim, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, PUF, 1960, p. 50-51.

³⁷ « *M. Xavier Labbé, professeur des universités, a relevé, dans les contentieux qu'il avait eu à connaître, qu'une femme avait demandé le divorce car elle ne supportait plus la présence de l'urne funéraire contenant les cendres de la première épouse de son mari ou qu'une mère de famille obligeait son fils à dire bonjour quotidiennement au petit frère dont les cendres se trouvaient sur la cheminée du salon* » in « *Sérénité des vivants et respect des défunts : bilan et perspectives de la législation funéraire* », 31 mai 2006, rapport n° 372, p. 82.

³⁸E. Aubin, I. Savarit-Bourgeois, *Cimetières, sites cinéraires et opérations funéraires*,

siècles auparavant. Désormais, l'article L. 2223-18-2 du CGCT énumère restrictivement la destination des cendres. L'urne ne peut plus être insérée dans le foyer puisqu'elle sera « *inhumée dans une sépulture ou dérobée dans une case de columbarium ou scellée sur un monument funéraire à l'intérieur d'un cimetière ou d'un site cinéraire* ». Les cendres pourront être autrement « *dispersées dans un espace aménagé à cet effet d'un cimetière ou d'un site cinéraire* » ou en dernier recours « *dispersées en pleine nature, sauf sur les voies publiques* ». Ainsi l'urne est fixée dans un domaine approprié, les cendres, dispersées dans un espace « *aménagé à cet effet* ». La loi du 19 décembre 2008 marque la fin de la dimension privative de l'urne.

Pour consacrer et renforcer cette séparation du vivant et du mort, le législateur a choisi l'unification de l'urne et de la sépulture, celle-ci étant assimilée à celle-là. La loi de 2008 unifie protection civile et pénale de l'urne et de la sépulture :

Civile, avec l'article 16-1-1 ainsi rédigé : « *Le respect du corps humain ne cesse pas avec la mort.*

Les restes des personnes décédées, y compris les cendres dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traitées avec respect, dignité et décence ».

Pénale, avec l'article 225-17 : « *La violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de tombeaux, de sépultures, d'urnes cinéraires ou de monuments édifiés à la mémoire des morts est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

Deux assimilations se dégagent ainsi : celles des cendres au cadavre et celle de l'urne à la sépulture. Le droit pénal donne à la protection civile des cendres une dimension répressive, et retient une conception extensive de la sépulture. En ajoutant l'urne cinéraire aux côtés de la sépulture dans l'article 225-17 du Code pénal, la loi de 2008 agrandit le champ d'application de l'infraction de violation et de profanation de sépulture. L'uniformisation est achevée avec le recours, en droit civil comme en droit pénal, à la dignité humaine protégeant tant l'urne que la sépulture³⁹. Au

Berger Levraut, 7^{ème} éd., 2013, p. 333, n° 675

³⁹ À l'article 16-1-1 du Code civil qui prolonge le respect au-delà de la mort en faisant des « *restes des personnes décédées, y compris celles dont le corps a donné lieu à*

Le sort de l'urne cinéraire : enjeux anthropologiques et politiques

droit civil qui proclame un principe universel de respect des morts, continuité du respect des vivants, fait écho le droit pénal qui renforce la portée de ce principe. D'ailleurs, cette assimilation juridique des cendres au cadavre ne fait que reprendre le sens figuré de cendre, qui s'il désigne les restes et les souvenirs, peut également désigner, au sens latin religieux, tant la dépouille mortelle que le « signe de deuil et de pénitence »⁴⁰. Cette assimilation de l'urne à la sépulture va dans le sens d'une unification du droit funéraire et d'une acception large du mot « sépulture » : il ne s'agit plus dans un sens strict du « lieu où l'on enterre », c'est-à-dire l'inhumation, mais bien de « la destination choisie pour le cadavre⁴¹ » : il peut ainsi s'agir du cercueil pour l'inhumation ou de l'urne cinéraire pour la crémation. Cette définition « générique » de la sépulture simplifie la compréhension du droit funéraire. Mais la loi de 2008 présente également une dimension politique dans la mise en œuvre de cette séparation, par l'affirmation d'un droit funéraire républicain et laïc.

II. La portée politique : l'affirmation d'un droit funéraire républicain et laïc

La séparation de l'urne cinéraire est le choix du législateur pour lutter contre l'appropriation privative des cendres. Pour assurer cette séparation, le législateur décide d'encadrer strictement l'urne cinéraire dans le domaine public. Cette politique législative, d'essence républicaine et laïque, marque la continuité d'un droit funéraire qui a toujours tenté de s'affranchir de l'autorité ecclésiastique par une affirmation étatique, sans pour autant brider l'expression des cultes dans le deuil et les funérailles. Elle met fin aux usages personnels pour fixer le sort de l'urne et des cendres ainsi qu'aux solutions jurisprudentielles pour régler les litiges en découlant. Il convient d'observer en quoi la loi de 2008 marque la fin de

crémation » l'objet du respect, de la dignité et de la décence répond l'article 225-17 du Code pénal qui est classé dans un chapitre réprimant les « atteintes à la dignité humaine ».

⁴⁰ *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, E. Baumgartner, P. Ménard, La Pochotèque, 1996, V° « Cendres », p. 141 et s.

⁴¹ B. Py, *La mort et le droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1997, p. 111.

l'emploi par les juges de règles familiales (A) par l'insertion de l'urne dans le domaine public (B).

A. La fin de l'emploi par les juges de règles familiales

La loi du 19 décembre 2008 fixe le sort de l'urne de façon impérative. Après la crémation, et une fois les cendres recueillies dans une urne cinéraire, celle-ci sera conservée « *dans l'attente d'une décision relative aux cendres* » au crématorium (art. L. 2223-18-1). Autrement dit, si le défunt n'a pas exprimé sa volonté, la famille ne peut plus se voir remettre l'urne et la soustraire au crématorium ou au site cinéraire. Elle a un an pour faire un choix parmi ceux proposés par l'article L. 2223-18-2.

Jusqu'en 2008, le recours majoritaire à la remise de l'urne aux familles révèle la dimension familiale du culte des morts. Cet usage faisait de l'urne cinéraire un bien d'essence familiale qui, parce qu'il contient les restes du défunt, avait vocation à demeurer avec sa famille. Le sort de l'urne engendrait d'incessants litiges sur les modalités de sa remise⁴², et notamment dans tous les cas où la volonté du défunt n'avait pas été exprimée. Les textes ne permettant pas de répondre à ces litiges, les juges ont souvent tranché en appliquant des règles d'ordre familial parfois obscures et au fondement incertain. Malgré cette incertitude, ces solutions révélaient des notions de propriété collective, faisant apparaître une dimension éminemment communautaire de l'urne funéraire. Ces notions s'expliquent par le souhait des juges d'avoir étendu le régime des sépultures à celui des urnes. La sépulture est en effet le bien familial par excellence, l'article L. 2223-13 du CGCT prévoyant la possibilité d'acquérir une concession funéraire aux personnes désirant « *y fonder leur sépulture et celle de leurs enfants* », ce qui la marque du sceau d'une affectation familiale. Il en résulte un régime obscur et peu connu, faisant de la sépulture une propriété collective de type « archaïque⁴³ », c'est-à-dire

⁴² J. Segura, « La crémation, objet de conflits familiaux » in *La crémation et le Droit en Europe*, dir. B. Py et M. Mayer, 2^{ème} éd., Presses Universitaires de Nancy, 2011, p. 110 et s.

⁴³ « *La concession funéraire familiale est une copropriété de type archaïque, inaliénable et impartageable, appartenant à tous les membres successifs de la famille, lesquels peuvent tous prétendre y être inhumés et exclure les étrangers de sa jouissance.*

Le sort de l'urne cinéraire : enjeux anthropologiques et politiques

puisant ses sources dans une époque reculée où la propriété était communautaire⁴⁴ plus qu'individuelle, conception à laquelle peut adhérer la famille dans une acception reculée fondée sur le sang⁴⁵. Pour ces raisons, il est difficile d'appréhender le régime des sépultures familiales⁴⁶ même si quelques traits caractéristiques dominants peuvent être dessinés. Une fois le fondateur de la concession funéraire décédé, et en dehors des cas, très rares où il a souhaité une concession individuelle, celle-ci devient automatiquement une propriété collective familiale⁴⁷ et les juges, guidés par l'intérêt familial, veillent à ce que le bien soit conservé dans la famille quitte à déroger aux règles de droit patrimonial de la famille⁴⁸. La qualification de propriété collective familiale fait de la famille un groupe restrictif dont les membres entretiennent un rapport d'égalité dans leurs droits et sont soumis à un ensemble d'obligations, notamment celle d'entretenir la tombe. Le *jus sepulchri*, ensemble de droits acquis avec la concession funéraire, est transmissible aux membres de la famille et la jurisprudence veille à respecter cette transmissibilité de façon restrictive en la cantonnant au sein même de la famille⁴⁹.

L'aliénation de la concession par libéralité n'a pas tant pour objet de transmettre un bien que de désigner le chef de la communauté qui possède la concession : F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd., 2008, p. 68. Pour un emploi de cette expression de propriété collective de type archaïque, V. F. Zenati-Castaing, « La propriété collective existe-t-elle ? », *Mél. Goubeaux, Dalloz & LGDJ*, 2009, p. 589-610.

⁴⁴ La communauté peut ici se définir comme « le groupe considéré sous le rapport de l'égalité de ses membres dans la propriété d'un bien » : L. Salleron, *Six études sur la propriété collective*, Le Portulan, 1947, p. 79.

⁴⁵ « les membres d'une famille sont propriétaires du même sang » : L. Salleron, *op. cit.*, p. 94.

⁴⁶ V. cependant M. Perrier-Cussac, « Les droits du titulaire d'une concession funéraire », *JCP G*, 1990, I, p. 343.

⁴⁷ La propriété collective familiale est en effet le deuxième fondement du droit des sépultures : v. notre thèse en cours de rédaction, *Les fondements du droit des sépultures*, sous la direction de Madame le Professeur Mallet-Bricout.

⁴⁸ Pour une exception à la règle de renonciation à la succession, v. CA de Turin, 7 avr. 1903, S. 1906, 4, 13.

⁴⁹ D'où la notion de « *personne étrangère* » - synonyme ici de tiers -, élément qui guide les juges dans l'autorisation ou l'interdiction de la transmission d'une sépulture de famille. V. par ex. Trib. civ. Marseille, 14 avr. 1880, S. 81.2.48 ; « *les tombeaux de*

Il apparaît ainsi que le juge a une conception archaïque de la sépulture qu'il considère naturellement comme étant le « réceptacle des morts du groupe familial ⁵⁰ ». Cette conception renoue avec la Rome archaïque où la famille a le monopole du rite funéraire. L'étymologie sur les morts en témoigne, d'où l'emploi fréquent de l'appellation *lares*, qui désigne les dieux domestiques, ou de *parentes* qui sont les ancêtres. Aux premiers temps de Rome, les morts sont enterrés autour du foyer qui a une valeur divine et protègent la famille. Ils sont ainsi des dieux familiaux, c'est-à-dire dans la mythologie les « divinités qui protègent une famille et auxquelles on sacrifie en famille ⁵¹ ». Dans cette conception, la religion est d'essence domestique avant tout ⁵² : le culte des morts est ainsi exclusivement familial. Le rapport entre le culte des morts et la famille éclaire ainsi quelques pans du droit funéraire. C'est sans doute inspiré par la conception familiale de la sépulture que le juge, jusqu'en 2008, a tenté de l'appliquer à l'urne cinéraire. Ce choix jurisprudentiel est visible à travers deux illustrations.

La première illustration concerne l'application des règles de l'indivision. La Cour d'appel de Bordeaux s'est en 2003 ⁵³ prononcée sur le

famille, échappent aux règles de la libre disposition des biens, et ne peuvent être transmis, ni par donations ni par legs, à des tiers étrangers aux familles auxquelles les sépultures sont consacrées, alors surtout qu'il subsiste des héritiers du sang » : R. Savatier, *RTD Civ.*, 1924, 1025 ; « *la propriété du tombeau ne se transmet, en principe, qu'aux héritiers naturels du concessionnaire, à l'exclusion des tiers, fussent-ils légataires universels* » Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1970, *JCP G* 1970, II, 17004, note P. Ourliac.

⁵⁰ R. Boffa, *La Destination de la chose*, Defrénois, lextenso éditions, 2008, p. 260, n° 380.

⁵¹ TLF, V° « familial ».

⁵² N. D. Fustel de Coulanges, *La cité antique*, champs classique, 1984, p. 65 : « *chaque famille avait son tombeau, où ses morts venaient reposer l'un après l'autre, toujours ensemble. Tous ceux du même sang devaient y être enterrés et aucun homme d'une autre famille n'y pouvait être admis. Là se célébraient les cérémonies et les anniversaires. Là, chaque famille croyait voir ses ancêtres sacrés. Aux temps très antiques, le tombeau était dans la propriété même de la famille, au milieu de l'habitation, non loin de la porte (...). Ainsi l'ancêtre restait au milieu des siens ; invisible, mais toujours présent, il continuait à faire partie de la famille et à en être le père.* »

⁵³ CA Bordeaux, 14 janv. 2003, 99/03465.

Le sort de l'urne cinéraire : enjeux anthropologiques et politiques

statut de l'urne cinéraire qu'elle qualifie de copropriété familiale. Cette qualification résulte d'une extension de la qualification des cendres proposée par le TGI de Lille du 23 septembre 1997 qui dispose que « *les restes humains, quel que soit leur état, y compris les cendres, font l'objet d'un droit de copropriété familial, inviolable et sacré, et doivent être respectés et protégés* »⁵⁴. La différence est que la Cour d'appel de Bordeaux va appliquer à cette nouvelle nature le régime qu'elle estime adapté, celui de l'indivision, en subordonnant le transfert de l'urne au respect de l'article 815-3 du Code civil⁵⁵. Dès lors, les « indivisaires » sont, dans ce cas, les ayants droits du défunt qui ne pourront effectuer un acte de disposition tel que le transfert de l'urne sans recueillir le consentement de tous les autres héritiers : l'urne est ici restreinte dans sa circulation juridique grâce à l'emploi de la règle de la majorité à l'unanimité. Si elle est discutable dans son fondement théorique⁵⁶, cette solution jurisprudentielle a eu un certain succès⁵⁷ et s'inscrit dans le sillon d'une jurisprudence qualifiant les sépultures de famille d'« indivisions perpétuelles »⁵⁸.

La seconde illustration concerne la désignation d'un dépositaire ou attributaire de l'urne. Les juges font face à des litiges de « revendication » de l'urne par plusieurs membres de la famille dans le cas où le défunt était de son vivant resté silencieux. Pour résoudre ces litiges, ils ont utilisé l'ancien article R. 2213-39 al 1^{er} du CGCT aux termes duquel après la

⁵⁴ V. également TGI 5 déc. 1996, *D.*1997, Jur. p. 376, note X. Labbé : « *la dépouille mortelle d'un individu fait l'objet d'un droit de copropriété familial, inviolable et sacré (...)* ».

⁵⁵ Cet article conditionne certains actes au consentement de la majorité des deux tiers des indivisaires, et les actes de disposition à l'unanimité.

⁵⁶ On peut ainsi s'interroger sur les liens qu'entretient l'indivision avec la propriété collective : en fait-elle seulement partie ? V. notamment sur ce point F. Zenati-Castaing, « La propriété collective existe-t-elle ? », *Mél. Goubeaux, Dalloz & LGDJ*, 2009, p. 589-610.

⁵⁷ V. par ex. CA Poitiers, 25 mars 2009, n° 07/02730 qui qualifie les héritiers de co-indivisaires et applique les articles 815 et suivants à propos d'une urne cinéraire.

⁵⁸ V. par ex. CA Paris, 15 fév. 2000, n° 1998/14074, qui applique l'art. 815-9 du Code civil : « *chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis dans la mesure compatible avec les droits des autres indivisaires et avec l'effet des actes régulièrement passés au cours de l'indivision* ».

crémation du corps, l'urne est remise « à toute personne qui a qualité pour pourvoir aux funérailles ». La personne désignée devient la dépositaire ou l'attributaire de l'urne. Ce nouveau statut lui donne des pouvoirs importants : elle a la « libre disposition »⁵⁹ de l'urne, ce qui lui permet d'en choisir la destination. Il convient de noter qu'en très grande majorité des cas, l'attributaire est un membre de la famille. Que penser de cette attribution jurisprudentielle de la libre disposition de l'urne ? Il ne s'agit pas tant pour le juge de désigner un propriétaire de l'urne qu'une personne la plus à même d'en choisir le sort dans le respect de la volonté du défunt et pour l'ensemble de la famille : c'est une façon pour le juge de mettre fin au litige en désignant en quelque sorte le « chef de famille », celui qui saura prendre les décisions selon l'intérêt familial. D'autres pratiques familiales sont relevées, comme celles du partage des cendres. Mais en dehors de cas isolés résultant de la volonté du défunt⁶⁰, ces pratiques sont souvent refusées lorsqu'elles émanent d'une demande des familles.

Ces règles jurisprudentielles⁶¹ ne s'appliquent plus après la loi de 2008, qui présente une dimension pacificatrice louable⁶². Cependant, le

⁵⁹ V. par ex. CA Orléans, 10 déc. 2008, n° 08/01499 ; la Cour d'appel déduit de l'ancien art. 2213-39 du CGCT que « toute personne qui a qualité pour pourvoir aux funérailles » qu'il faut entendre par « dépositaire » qui « peut disposer librement de l'urne, à condition que le défunt n'ait pas exprimé de son vivant son choix sur le devenir des cendres ».

⁶⁰ CA Paris, 27 mars 1998, n° 98/06659, D. 1998, 383, note P Malaurie ; JCP G 1998, II, 10113, T. Garé ; Dr. Fam. 1998, Comm. 93, note B. Beignier ; LPA 4 oct. 1999, p. 10, note C. Bourrier et C. Coutant ; RTD Civ., 1998, 655, obs. J. Hauser.

⁶¹ Il est à noter que la jurisprudence n'a pas été la seule dans sa tentative de lier l'urne cinéraire à des notions de propriété collective ou commune. Le Ministère de l'intérieur a ainsi proposé la catégorie des souvenirs de famille (Rép. Min., J.O du 27 mars 2000, Déb. Ass. Nat., questions et réponses, p. 2003-2004). Notion juridique remontant au XIX^e siècle, les souvenirs de famille sont une de ces catégories de propriétés collectives archaïques, dont le caractère familial est si fort qu'il resurgit sur la circulation juridique de ce bien meuble, qu'il restreint voire immobilise. Les tribunaux ont pu appliquer ce régime en dérogation aux règles de partage pour préserver l'intérêt familial d'un bien (décorations, armes de guerre, portraits de famille). La conséquence principale étant qu'une fois qualifié de souvenir de famille, le meuble litigieux sera indisponible.

⁶² V. E. Aubin, I. Savarit-Bourgeois, *Cimetières, sites cinéraires et opérations*

Le sort de l'urne cinéraire : enjeux anthropologiques et politiques

législateur, en interdisant la remise aux familles, n'a pas souhaité abolir tout usage familial de l'urne. Les familles peuvent dorénavant fixer l'urne dans le cimetière ou un site cinéraire si elles souhaitent procéder au recueillement et accomplir le deuil ou encore disperser les cendres dans un jardin du souvenir. Mais la loi de 2008 marque, dans le domaine de la crémation, la fin d'un culte familial des morts à caractère intrusif : il appartient dorénavant aux familles de se déplacer vers l'urne funéraire, l'inverse leur étant interdit. Il en va du respect de la personne décédée, fil conducteur de la nouvelle législation : les arrêts l'appliquant vont dans ce sens, en affirmant par exemple que « *la législation nouvelle n'a eu pour but que de mettre fin à la libre disposition des cendres et à leur partage ou à l'appropriation privée et ce afin d'assurer le respect des restes des personnes décédées, y compris les cendres* »⁶³.

Cette rupture est rendue efficace par un important choix de politique législative : la fixation restrictive de l'urne cinéraire dans le domaine public.

B. L'insertion stricte de l'urne cinéraire dans le domaine public

Dans le rapport qui a influencé la loi de 2008⁶⁴, l'idée que le caractère mobilier de l'urne marque sa vulnérabilité est avancée. La désignation d'un dépositaire est ainsi critiquée, notamment par la soumission de l'urne à la libre disposition d'autrui, terme qui fait écho à la fois à l'*abusus*, attribut du droit de propriété de l'article 544 du Code civil et à la libre disposition du propriétaire, permise par l'article 537 alinéa 1er. Le rapport assimile cet usage familial à un ensemble de pratiques individuelles d'appropriation privative des cendres qu'il énumère, comme la

funéraires, 7^{ème} éd., Berger Levrault, 2013, p. 277, n° 566, qui y voient une « *motivation qui rappelle la dimension anthropologique et humaniste du droit qui doit remplir une fonction d'amortisseur des conflits familiaux* ».

⁶³ CA Paris, 27 mars 2012, n° 11/21945

⁶⁴ « Sérénité des vivants et respect des défunts : bilan et perspectives de la législation funéraire », 31 mai 2006, rapport n° 372.

transformation en bijoux ou en œuvre d'arts (cendres mélangées à de la peinture, ou remplissant un pendentif par exemple)⁶⁵.

Pour mettre fin à ces pratiques, la loi encadre la destination des cendres qu'elle contient dans le cimetière ou le site cinéraire, à l'exception de la dispersion en pleine nature. Le droit public reprend alors la dimension sacrée de l'urne qu'il renforce en l'insérant dans un domaine délimité, protégé. L'article L.223-40 du CGCT, issu de la loi du 19 décembre 2008, donne d'ailleurs une compétence exclusive aux communes et aux établissements publics de coopérations intercommunales pour la création et la gestion des crématoriums et des sites cinéraires. L'article L.2223-18-4 achève ce mouvement de « publicisation » du droit funéraire en réprimant « *le fait de créer, de posséder, d'utiliser ou de gérer, à titre onéreux ou gratuit, tout lieu collectif, en dehors d'un cimetière public ou d'un lieu de dépôt ou de sépulture autorisé, destiné au dépôt temporaire ou définitif des urnes ou à la dispersion des cendres* », et ce pour tous les sites cinéraires créés après le 31 juillet 2005. Les pouvoirs du maire sont accrus et omniprésents tout au long de la procédure, l'autorisation du maire étant toujours nécessaire. Ainsi, même la dispersion des cendres en pleine nature doit faire l'objet d'une déclaration à la mairie de la commune du lieu de naissance du défunt, avec précision sur un registre de l'identité du défunt et du lieu de dispersion⁶⁶. Dans leurs nouvelles destinations, les cendres sont comme immobilisées : soit juridiquement, lorsque l'urne cinéraire est inhumée dans la sépulture, déposée dans un columbarium ou scellée dans un monument funéraire, soit fictivement en cas de dispersion car les cendres restent localisées, identifiées dans un registre communal. L'encadrement auquel procède cette loi, d'essence républicaine et laïque, est intéressant du point de vue de la liberté de culte et du respect de la volonté du défunt.

⁶⁵ V. E. Aubin, I. Savarit-Bourgeois, *Cimetières, sites cinéraires et opérations funéraires*, Berger Levrault, 7^{ème} éd., 2013, p. 276, n° 564 ; les auteurs y voient une « réification » des restes mortels qui pouvait être choquante. V. aussi H. Popu, « Destination et protection des cendres funéraires », *Deffrénois*, 28 fév. 2009, n° 4, p. 410, qui évoque le malheureux sort de certaines urnes retrouvées « chez les brocanteurs, dans les décharges municipales ou sur les plages ».

⁶⁶ Art. L. 2223-18-3 du CGCT.

Le sort de l'urne cinéraire : enjeux anthropologiques et politiques

Pour remplir au mieux ce but de lutte contre l'individualisation et la privatisation des cendres, la loi de 2008 s'inscrit dans la dimension laïque du droit funéraire. Il s'agit de la conception française de la laïcité, soucieuse d'assurer une rupture et un équilibre vis-à-vis des autorités religieuses. D'un côté, il s'agit d'affirmer la séparation de l'Eglise et de l'Etat : cette indépendance est un souci constant dans l'histoire du droit funéraire, avec par exemple la loi du 8 et 15 mai 1791 qui transfère la propriété des cimetières de l'autorité ecclésiastique aux autorités municipales, ou la loi Combes du 28 décembre 1904 qui met fin au monopole religieux en créant un service public extérieur des pompes funèbres⁶⁷. Mais d'un autre côté, le droit funéraire doit préserver la liberté de culte de chacun. Ainsi, l'équilibre du principe de neutralité des cimetières permet au futur défunt ou à la famille d'ériger des signes religieux par exception à la séparation de l'Eglise et de l'Etat⁶⁸. La loi du 19 décembre 2008 reprend cette conception de la laïcité. Elle fait d'abord preuve d'une grande précaution vis-à-vis du recours à la crémation lorsque le défunt est d'une confession religieuse – juive, musulmane et orthodoxe essentiellement – qui interdit le recours à la crémation⁶⁹. Ensuite, elle prévoit⁷⁰ qu'après la crémation, l'urne pourra être conservée dans un lieu de culte avec l'accord de l'association chargée de l'exercice du culte. Des auteurs observent que « *cet amendement illustre, là comme ailleurs, le souci du législateur de prendre en compte les pratiques et usages religieux observés par les personnes, la liberté de croyance devant survivre au décès* »⁷¹. Mais cet équilibre est relatif car il ne satisfait pas tous les cultes. Certaines sollicitations religieuses n'ont pas été reprises par le législateur, ce qui peut faire apparaître une inégalité entre différents

⁶⁷ V. E. Aubin, I. Savarit-Bourgeois, *Cimetières, sites cinéraires et opérations funéraires*, 7^{ème} éd., Berger Levrault, 2013, p. 26 et s., n° 11 et s.

⁶⁸ V. art. 28 de la loi du 9 déc. 1905.

⁶⁹ C'est ainsi que la loi de 2008 introduit l'obligation pour le maire de s'assurer, avant de procéder à la crémation des restes des contenus dans les concessions faisant l'objet d'une reprise, d'une absence d'opposition « *connue ou attestée du défunt* » (art. L. 2223-4 al 2 du CGCT).

⁷⁰ Art. L. 2223-18-1 du CGCT.

⁷¹ E. Aubin, I. Savarit-Bourgeois, « Du statut juridique des cendres à la nouvelle gestion communale en matière funéraire », *AJDA*, 2009, p. 531.

cultes⁷². En vérité, cette disposition sur la conservation de l'urne durant un an satisferait essentiellement le culte protestant⁷³. Ce choix du législateur d'avoir pris en compte certains cultes au détriment d'autres peut paraître choquant⁷⁴. Enfin, le législateur n'a pas cru opportun de profiter d'une nouvelle loi pour se prononcer sur les carrés confessionnels, domaine qui reste pour le moment soumis au fait, encouragé par des textes non normatifs⁷⁵ insuffisants. Le droit funéraire, dans la douloureuse question des rapports entre le droit et le culte, atteint ses limites : il encadre certaines pratiques religieuses seulement.

Le traitement du respect de la volonté du défunt, dorénavant encadrée de façon limitée, est également révélateur : le législateur s'est montré strict. En ce sens, l'esprit de la loi de 2008 peut sembler contraire à l'esprit initial du droit funéraire qui avec la loi du 15 novembre 1887 promouvait la liberté des funérailles, célébrant la volonté du défunt et qui, dans le Code pénal, sanctionnait le fait pour autrui de porter atteinte à cette même volonté du défunt⁷⁶. En ce sens, un auteur y voit une loi

⁷² Il s'agit d'une proposition du député Gosselin en faveur du rite bouddhiste consistant à « *placer au fond de l'urne un morceau d'os non pulvérisé du défunt* ». V. E. Aubin, I. Savarit-Bourgeois, « Du statut juridique des cendres à la nouvelle gestion communale en matière funéraire », *AJDA*, 2009, p. 531

⁷³ V. E. Aubin, I. Savarit-Bourgeois, *Cimetières, sites cinéraires et opérations funéraires*, Berger Levrault, 7^{ème} éd., 2013, p. 20, n° 5, qui y voient une « *pratique fréquente des protestants* » prise en considération par la loi de 2008.

⁷⁴ V. B. Py, « La loi du 19 décembre 2008 et la notion de restes humains : une loi progressiste ou réactionnaire ? » in *La crémation et le Droit en Europe*, dir. B. Py et M. Mayer, 2^{ème} éd., Presses Universitaires de Nancy, 2011, p. 215, qui considère la conservation de l'urne dans un lieu de culte comme une « *réapparition paradoxale de sites privés* » et s'interroge sur une probable remise en cause de la « *laïcité à la française* ».

⁷⁵ Circulaire du 19 février 2008 ; v. sur ce texte D. Dutrieux, « Carrés confessionnels : *bis repetitum placet* », *JCP A* 2008, Actu. 196. Ces carrés sont encouragés auprès des maires à condition pour ces derniers de respecter le principe de neutralité des parties communes du cimetière. V. O. Guillaumont, « Du principe de neutralité des cimetières et de la pratique des carrés confessionnels », *JCP A*, 2004, 1799.

⁷⁶ Art. 433-21-1 : « Toute personne qui donne aux funérailles un caractère contraire à la volonté du défunt ou à une décision judiciaire, volonté ou décision dont elle a connaissance, sera punie de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende ».

Le sort de l'urne cinéraire : enjeux anthropologiques et politiques

« réactionnaire » qui porte fortement atteinte à la volonté⁷⁷. Cette loi est en effet restrictive ; mais faut-il s'en inquiéter ? Si le droit funéraire a le souci du respect de la volonté du défunt, il lui est déjà arrivé de la restreindre à propos par exemple de la cryogénéisation, même s'il s'agit d'une restriction d'origine jurisprudentielle et non législative⁷⁸. Il nous semble en effet que la restriction à la volonté du défunt opérée par le législateur de 2008 est de plus grande portée à travers la délicate question de l'inhumation de l'urne cinéraire dans un terrain privé.

Cette possibilité est relative à la sépulture et à l'inhumation. L'article L. 2223-9 du CGCT prévoit ainsi la possibilité pour toute personne d'être « enterré sur une propriété particulière, pourvu que cette propriété soit hors de l'enceinte des villes et des bourgs et à la distance prescrite », sous autorisation du préfet du département⁷⁹ et à condition que la sépulture soit individuelle. Cette possibilité a pu donner lieu à des usages familiaux, avec des réunions de corps issus de la même famille dans un terrain privé, mais également religieux, certaines congrégations religieuses réunissant dans leurs enceintes les sépultures de leurs membres ; il en va parfois de même pour les abbayes ou les chapelles privées⁸⁰. Concernant l'urne, un décret du 12 mars 2007⁸¹ permettait explicitement, si le défunt en avait exprimé la volonté, cette possibilité d'inhumation en terrain privé.

Or, la loi du 19 décembre 2008 est muette sur la question de l'urne cinéraire dans un terrain privé et ne fait pas référence aux dispositions du décret de 2007. Si le but affirmé par la loi de 2008 est de lutter contre l'individualisation et la privatisation des cendres, ne faudrait-il pas voir une contradiction avec les dispositions du décret de 2007 ? Est-ce une lacune, qui devrait dans ce cas être modifiée car contraire au but de la loi de 2008, ou une permission permettant au futur défunt de prévoir une

⁷⁷ B. Py, « La loi du 19 décembre 2008 et la notion de restes humains : une loi progressiste ou réactionnaire ? » in *La crémation et le Droit en Europe*, dir. B. Py et M. Mayer, 2^{ème} éd., Presses Universitaires de Nancy, 2011, p. 213.

⁷⁸ C.E., 6 janv. 2006, req. n° 260307, Rec. Lebon, D. 2006, IR, 327, *Defrénois* 2006, 502, note H. Popu.

⁷⁹ Art. R. 2213-32 du CGCT.

⁸⁰ P. Berchon, *Répertoire de droit civil Dalloz*, V° « Sépulture », n° 66.

⁸¹ Décret n° 2007-328 du 12 mars 2007 relatif à la protection des cendres funéraires.

destination privée et individuelle à ses cendres, dans le sens de la loi de 1887 sur la liberté des funérailles ? La disposition issue du décret du 28 janvier 2011⁸² ne règle pas le problème en disposant que « *lorsqu'il est mis fin à l'inhumation de l'urne dans une propriété particulière, la personne qui en est dépositaire doit se conformer aux dispositions de l'article L. 2223-18-2* », c'est-à-dire l'article de la loi de 2008 prévoyant la destination impérative des cendres et le sort de l'urne... dans le domaine public. Si cette disposition fait pencher en faveur d'une interdiction de l'inhumation privée de l'urne, elle peut inversement en reconnaître implicitement la possibilité, probabilité renforcée par une doctrine favorable⁸³.

Conclusion :

La loi du 19 décembre 2008 est une loi de grande portée qui marque l'histoire du droit funéraire, qu'elle a vocation à unifier et à éclairer. S'inscrivant dans une dynamique de séparation du mort et du vivant initiée pour les sépultures, elle marque l'affirmation d'un droit funéraire républicain et laïc. L'urne cinéraire est matériellement soustraite au groupe familial et s'insère dans le domaine public : on peut y voir une certaine mutation du culte des morts, marquant une substitution du collectif au communautaire, le domestique cédant le pas au social. Dorénavant, l'urne comme la sépulture sont accessibles à tous, ce qui va

⁸² Décret n° 2011-121 du 8 janvier 2011, art. 1^{er}; v. art. R. 22213-39-1.

⁸³ V. E. Aubin, I. Savarit-Bourgeois, *Cimetières, sites cinéraires et opérations funéraires*, 7^{ème} éd., Berger Levrault, 2013, p. 286, n° 582 et p. 294, n° 599. Les auteurs mettent en avant la confusion des différentes dispositions du droit funéraire sur coint. V. G. Loiseau, « *Mortuorum corpus* : une loi pour le respect », *D.* 2009, 236. L'auteur est favorable à cette possibilité : « *tout au plus aurait-on pu, puisque la loi permet que l'urne cinéraire soit inhumée dans une sépulture, prévoir que cette sépulture puisse être établie sur une propriété particulière dans les mêmes conditions que lorsqu'y est inhumé le corps de la personne décédée. Si lacune il y a, elle est toutefois modeste et pourrait être corrigée* ». V. également D. Dutrieux, « La disparition du dépositaire et l'inhumation de l'urne en propriété privée : d'utiles précisions ! », *JCPA* n° 37, 12 sept. 2011, act. 601, cet auteur est également favorable à cette possibilité qu'il considère comme autorisée en se fondant sur une réponse ministérielle.

Le sort de l'urne cinéraire : enjeux anthropologiques et politiques

dans le sens d'un culte des morts à dimension collective. Mais dans cet éclairage du droit funéraire, une zone d'ombre demeure : l'inhumation de l'urne cinéraire en terrain privé est-elle ou non interdite ? Aucune disposition explicite ne vient pour l'instant répondre à cette question. Qu'elle soit délibérée ou inconsciente, cette zone d'ombre nous paraît heureuse car elle profite à une pratique individuelle en faveur de la volonté du défunt. Le droit funéraire se voit ainsi préservé dans ses trois piliers que sont l'Etat, la famille et l'individu. L'ordre ou l'intensité de ces piliers peut changer au gré des époques, des siècles et des politiques, leur teneur demeure.